

## I. 反対尋問

1. 住居侵入罪について、当該判例を引用した趣旨は何か
2. 万引きしようとして店に入って諦めた場合、住居侵入罪は成立するか
3. 刑法が保護する財産とは「法的財産」か「経済的財産」か
4. 財産罪の保護法益は何か、窃盗罪と詐欺罪で区別するか
5. 本質説のいう本質的事実とはどのようなものか
6. Zに対する住居侵入罪とBに対する詐欺罪を併合罪とした意図は何か

## II. 学説の検討

### 1. 「侵入」の意義について

1 まず、検察側はA説（意思侵害説）に立ち、住居侵入罪（130条前段）の保護法益をその建物の管理権であるとした上で、「侵入」の意義につき管理者の意思に反する立ち入りであるとする。

しかし、当罪の保護法益につきかように解することはあまりに個人主義的に法益を考えすぎているといえる。かかる解釈によると、例えば管理者が複数人いる場合に誰の住居権を保護すべきかが不明になるといった不都合が生じてしまう<sup>1</sup>。また、かかる解釈は管理者の意思たるものを過度に強調するため、処罰範囲を不当に拡大するおそれもある。

したがって、A説は妥当性を欠く。

2 この点、弁護側はB説（平穏侵害説）に立ち、当罪の保護法益は住居などの事実上の平穏であり、「侵入」とはその平穏を害する態様の立ち入りを指すと解する。

なぜなら、このように解することで、A説の強調する管理者の意思という主観的事情のみならず、当該侵入行為が建物内の業務活動等に及ぼす効果といった客観的事情を考慮した上で当罰性を判断でき、処罰の適正化を図ることができるからである。

### 2. 同意の有効性について

1(1) この点、検察側の採る甲説（本質説）は、本質的事実について錯誤ある場合には承諾を

無効であるとする。しかし、本来、同意とは自己の法益の処分をいうところ、かかる解釈によると、暴行罪や殺人罪によって、身体の安全や生命といった法益ではなく、欺かれない自由を保護することとなり、構成要件段階の判断が本来刑法が予定しているものと大きく外れてしまうため、妥当ではない。

(2) さらに、甲説は当該同意において本質的事実があるか否かを判断するが何を本質的事実とするのか、その限界が不明確となり妥当ではない。

2 思うに、刑法は各構成要件にそれぞれの保護法益を相互に区

別して規定することでそれぞれの法益を保護しているのであり、その趣旨は、法益侵害に対する被害者の同意においても妥当するものである。

したがって、法益に係る錯誤のみが同意を無効にし、その他の事情に関する錯誤は同意の有効性に影響を与えないとする乙説（法益関係錯誤説）が妥当である。

### 3. 財産上の損害の要否及び財産上の損害の意義について

1 この点、検察側はB-1説（形式的個別財産説）をとる。しかし、「交付自体が損害」ということを形式的に徹底すると、損害を不要とするに等しくなるが、これは詐欺罪が財産犯であることを実質上否定することになり妥当でない。

また、この説では、たとえば未成年者への販売が禁止されている物を未成年者が成年であると偽って購入した

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法各論講義〔第四版〕』東京大学出版会[2007]135頁

場合に詐欺罪を成立させるが、これは明らかにいきすぎである。

そして、B-2説(実質的個別財産説)も詐欺罪を個別財産に対する罪と解し、「交付自体が損害」と捉える点で妥当でない。

また、財産上のα説(損害不要説)は検察側と同様の理由で採用できない。

2 思うに、刑法上の財産は「経済的」に見るべきであり、提供されたものが、それ自体としては、被害者の経済的目的を満足させるものであったときは、刑法上の損害を否定すべきである<sup>2</sup>。したがって、相当な対価の支払いがある以上、相手方に財産上の損害はなく、詐欺罪は成立しないとするγ説(全体財産説)が妥当である。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 第1. XがA書店に入った行為について

1. Xが多数の爆竹を持って営業中のA書店に入った行為につき、住居侵入罪(130条前段)が成立しないか。同条の「侵入」の意義が明らかでないため問題となる。

(1) この点、弁護側は、「侵入」の意義につきA説(平穏侵害説)を採用する。

(2) 本件では、Xは爆竹を持ってA書店に入ってきているものの、それを隠し持っていたため、危険性は客観的・外部的に何ら明らかになっていない。そのため、A書店内の店員・X以外の一般客・警備員は、Xのことを単なる一般客の一人と認識しているにすぎない。とすれば、Xの行為は何ら平穏を侵害していないので、「侵入」にあたらぬ。

(3) したがって、Xの行為に住居侵入罪は成立しない。

2. なお、弁護側は「侵入」の意義を平穏侵害と捉えるので、本件では法益侵害が存在しない以上、A書店の包括的同意の有効性は問題とならぬ。もっとも、仮に検察側のように「侵入」の意義を意思侵害と捉えるのであれば、本件では法益侵害が存在することになるので、A書店の包括的同意の有効性が問題となる。

(1) この点、弁護側は同意の有効性につき乙説(法益関係的錯誤説)を採用する。

(2) 本件では、A書店は書店である以上、一般消費者に対し、書店内での本の購入・閲覧、一般消費者自身の平穏かつ自由な移動について同意していると考えられる。そして、Xは平穏にA書店に入ってきて本を購入しているにすぎないので、A書店が同意した以上の法益の範囲・程度のものが害されているわけではない。とすれば、A書店に法益に関する錯誤が存在しないので、A書店の同意は有効である。

(3) したがって、仮に検察側のように「侵入」の意義を意思侵害と捉えたとしても、A書店の法益は包括的同意によって要保護性を失っている以上、Xの行為に住居侵入罪は成立しない。

#### 第2. BおよびCに対する詐欺行為について

(1) XがB及びCに対する詐欺行為について、弁護側はγ説(全体財産説)を採用し、失った金銭と財物の経済的価値が等しい場合、損害が発生していないと解する。

(2) 本件ではXがA書店で表示価格である3000円で成立に向けて雑誌を購入したから、Bにも経済的損害は発生していない。よって、XのBに対するかかる行為につき、詐欺罪(246条1項)が成立しない。

(3) 次に、XがCに対して当該雑誌を古本市場における一般販売価格である2000円で売却したから、Cの失った2000円と手に入れた雑誌の本来の経済価格が一致するといえ、Cはなんら経済的損失を被っていない。

(4) よって、XのCに対するかかる行為につき、詐欺罪(246条1項)が成立しない。

### Ⅳ. 結論

Xはなんら罪責を負わない。

以上

<sup>2</sup> 林幹人『刑法各論〔初版〕』東京大学出版会[1999]150頁以下